

A FLOR E A NÁUSEA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ABSOLUTISMO ILUSTRADO PORTUGUÊS

**THE FLOWER AND THE NAUSEA: THE PRINCIPLE OF LEGALITY
IN PORTUGUESE ENLIGHTENED ABSOLUTISM**

Nilo Batista¹  

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil 
nilobatista@nb-advs.com.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.17280472>

Resumo: Este artigo investiga um precoce precedente jurídico do princípio da legalidade penal no Direito português: um assento da Suplicação de meados do século XVIII. Analisa-se como esta decisão, anterior às formulações de Beccaria e Feuerbach, consagrou a taxatividade das leis penais, recusando a analogia para incriminar condutas. O estudo contrasta esta inovação com o contexto hostil do absolutismo pombalino, que posteriormente a violou, e com a reticência doutrinária contemporânea. Conclui-se que o assento representa uma afirmação pioneira, ainda que frágil e esquecida, da estrita legalidade, cujo valor seminal é resgatado pela historiografia jurídica.

Palavras-chave: jurisprudência; taxatividade; *in malam partem*.

Abstract: This article investigates an early legal precedent for the principle of criminal legality in Portuguese law: a Royal Higher Court of Appeals decision from the mid-18th century. It analyzes how this decision, prior to the formulations of Beccaria and Feuerbach, enshrined the taxability of criminal laws, refusing analogy to incriminate conduct. The study contrasts this innovation with the hostile context of Pombaline absolutism, which later violated it, and with contemporary doctrinal reticence. It concludes that the seat represents a pioneering, albeit fragile and forgotten, affirmation of strict legality, the seminal value of which has been rescued by legal historiography.

Keywords: jurisprudence; taxability; *in malam partem*.

Precisamente uma década antes de **Beccaria** (2016, p. 8, tradução livre) afirmar que “somente as leis podem cominar as penas para os delitos” e quase meio século antes de **Feuerbach** (1989) cunhar sua elegante fórmula tríplice do princípio da legalidade¹, um assento da Suplicação, tomado “em Mesa grande”, consagrou por ampla maioria (“por muito maior parte dos votos”) a taxatividade das leis penais. E como a Lei de 18 de agosto de

1769 (três lustros posteriores a tal acórdão) determinou que “os assentos já estabelecidos [...] sobre as interpretações das leis constituirão leis inalteráveis para sempre se observarem com taes” (**Almeida**, 1869, p. 108), é possível situar naquele assento uma precoce consagração legislativa do princípio da legalidade, duas décadas anteriores às Constituições estadunidenses de 1776 e três décadas anteriores à Declaração francesa de 1787.

¹ Professor Emérito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (<https://ror.org/0198v2949>), ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5512-4412>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7558568315744459>.

Antes, contudo, de examinar o teor do assento, cabe recordar o contexto histórico no qual veio ele a lume. A historiografia portuguesa recorre às expressões “monarquia absoluta” e “absolutismo” — ouçamos **Maria Paula Marçal Lourenço** (2001, p. 17 e 29) — “para caracterizar o sistema político que, com raízes no reinado de Pedro II, veio a implementar-se no governo de seu filho e sucessor D. João V” e obteria “sacralização com D. José”. Um rei em cuja cultuada imagem os traços de pai e de juiz supremo são realçados, inteiramente *legibus solutus*, passa a concentrar em sua pessoa poderes de alguma forma ainda dispersos ou delegados, de modo especial o poder punitivo em suas duas vertentes: a irrogação de penas e a concessão de graça. Órgãos colegiados de natureza administrativa ou judiciária, como o Conselho Ultramarino e o Desembargo do Paço, foram esvaziados e suas atribuições passaram a ministros de confiança do rei, alojados em Secretarias de Estado. Um endurecimento na aplicação de penas naquela conjuntura foi observado por **Gizlene Neder** (2007, p. 159). Um panegirista de D. João V afirmou não ter havido “no seu governo delito sem castigo” (**Machado apud Lourenço**, 2001, p. 20)². É claro que, para um poder punitivo absoluto, o princípio da legalidade representa inadmissível restrição às ilimitadas faculdades do soberano.

O mais conspícuo penalista daquela conjuntura, **Mello Freire** (1829), contemporâneo das proclamações políticas do princípio da legalidade e do contratualismo no qual muitos situam sua gênese (por exemplo, **Jescheck**, 1981, p. 177), absteve-se de brindar excessivamente à novidade. Em suas Instituições, por três vezes **Mello Freire** (1829) tangencia o tema. Na primeira delas, ele busca definir “delito” recorrendo a **Grócio** (2004); no entanto, a alergia metodológica dos jusnaturalistas ao princípio da legalidade o obriga a inserir no texto grociano um “cometido voluntariamente contra a sanção das leis (*adversus legum sanctionem sponte admissum*)” que obviamente não o integrava (**Mello Freire**, 1829, v. I, p. 713)³. Na segunda vez, **Mello Freire** (1829, tit. I, § VII, p. 7) tratava da liberdade civil como a faculdade dos cidadãos de fazerem tudo aquilo “que não esteja essencialmente proibido pelas leis da cidade (*quae civitatis legibus speciatim non inveniuntur prohibita*)”, acrescentando que essa liberdade “depende muito das leis criminais (*quae libertas a legibus criminalibus vel maxime pendet*)”. É essa a passagem mais próxima de uma rigorosa interdição da criminalização por leis posteriores ao fato ou da aplicação de penas não cominadas previamente em lei. Por fim, ao versar a diferença entre a reparação do dano e a pena, assinalou que “a pena é aplicada por causa da violação da lei (*poena vero irrogatur propter violationem legis*)” **Mello Freire** (1829, tit. I, § XII, p. 10). O livro de **Mello Freire** veio a lume na última década do século XVIII, já sob o reinado de D. Maria, meio século depois do assento da Suplicação que nos interessa, e que finalmente passamos a expor.

Uma pragmática de 24 de maio de 1749 proibia, em seu capítulo 18, a venda de fazendas “nas Cidades, Villas e Lugares, em casas e pelas ruas”, sob as penas de “perdimento da mesma fazenda, cem mil réis de condenação e seis meses de cadeia.” Aos Desembargadores de Agravos tocava resolver se,

para incorrer nestas penas, era necessário que os vendedores as fossem apregoando pelas ruas, ou as fossem oferecer pelas casas para lhas comparem, ou se bastaria o serem achados nas ruas com as mesmas fazendas [...] levando consigo vara e pesos com que as costumam medir e pesar (**Mendes de Almeida**, 1869, p. 244, assento CCCXXI).

Por ampla maioria de votos deliberou-se

que a lei, como era penal, se não devia estender a caso não compreendido na sua proibição: porque o levar fazendas e ser achado com ellas era disposição para a venda mas não era venda, a qual se devia provar com effeito por provas certas, de que voluntariamente os vendedores a tinham feito; e que também não se comprehendia na Lei quando semelhantes vendedores, tendo loja aberta erão chamados para levarem fazendas a casas particulares para se verem e comprarem por obrarem nesta fórma actos necessario à utilidade pública, que a lei não prohibe (**Mendes de Almeida**, 1869, p. 244, assento CCCXXI).

Temos aí uma decisão precursora, talvez a mais precoce afirmação do princípio da legalidade, em sua função de taxatividade, na jurisprudência portuguesa — quicá na ibérica. Impossível não recordar que em 2019 nossa Corte Suprema assentou que manifestações homotransfóbicas poderiam ser punidas com as penas previstas em lei para manifestações racistas (**Brasil**, 2019). A analogia, pioneiramente rejeitada pelos Desembargadores dos Agravos no século XVIII, poderia criminalizar condutas segundo a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no século XXI. Paradoxalmente, o absolutismo pombalino afrontaria aquele assento da Suplicação (com força de lei) decorrido apenas um lustro. Em 3 de setembro de 1758, deu-se o atentado contra D. José, sobre cujas polêmicas circunstâncias não nos deteremos (sobre elas: **Santos**, 1958). Constituída uma Suprema Junta do Juízo da Inconfidência, pouco antes de lavrar a sentença, encaminhou ela ao rei, à vítima do homicídio tentado que então caracterizava lesa-majestade de primeira cabeça, uma consulta. No cânone absolutista, como **Jean Bodin** (1593) frisou por mais de uma vez, o soberano sempre retém mais poder (especialmente o punitivo) do que aquele que delegou, e portanto sempre pode avocar procedimentos em curso ou intervir neles⁴. E, considerando que “as Leis Patrias até agora escriptas” não haviam previsto “toda a necessaria providencia para que se castigue huma ferocidade tão inaudita, tão inopinada, tão insolita entre os Portugueses”, solicitava ao rei “se sirva de ampliar a Jurisdição e Alçada [...] para estenderem o castigo destes infames Reos além do que as Leis do Reino determinão” (**Azevedo**, 1921, p. 30).

E foi assim que a crudelíssima pena barroca da roda, jamais cominada por qualquer lei portuguesa, foi aplicada a alguns dos condenados. Por sobre a brutalidade daquele patíbulo, por sobre as intrigas que redundaram nele — recorde-se que a sentença seria parcialmente rescindida sob D. Maria — e por sobre a face sempre ensanguentada do absolutismo rebrilha o modesto assento da Suplicação, que pioneiramente prestigiou o princípio da legalidade dos delitos e das penas. Era tímido, nascera no hostil ambiente do absolutismo, do autoritarismo punitivo. Perdeu-se da memória dos penalistas. Não exhibia, nem poderia, fundamentos teórico-jurídicos ou políticos relevantes. Dele se pode dizer o que disse **Drummond de Andrade** (1992, p. 98) da flor que nasceu na rua: “É feia. Mas é uma flor. Furou o asfalto, o tédio, o nojo e o ódio”.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflito de interesse na condução desta pesquisa e na redação deste artigo.

Declaração de autoria: somente o pesquisador que cumpre os requisitos de autoria deste artigo é listado como autor. **Declaração de originalidade:**

o autor garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras republicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ele também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

BATISTA, Nilo. A flor e a náusea: o princípio da legalidade no absolutismo ilustrado português. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 33, n. 396, p. 6-8, 2025.

DOI: 10.5281/zenodo.17280472. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/2385. Acesso em: 1 nov. 2025.

Notas

¹ *Nulla poena sine lege e nullum crimen sine poena legali* cobrem todos os objetivos históricos da construção do princípio da legalidade (Feuerbach, 1989, p. 63).

² Trata-se de Diogo Inácio Barbosa Machado. Dois séculos mais tarde, após a flexibilização nazista do princípio da legalidade, as mesmas palavras do panegirista se converteriam num *slogan*: "antes, nenhuma pena sem lei; agora, nenhum delito sem pena (*jetzt, kein Verbrechen ohne Strafe*)" (Fragoso, 2015, p. 200-201).

³ Para comparar: *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*, tit. I, § II (p. 1-2); O Direito da Guerra e da Paz, liv. II, XVII (na edição consultada, v. I, p. 713).

⁴ *Les Six Livres de la République: liv. I, cap. VIII (o príncipe "n'en donne jamais tant [poder] qu'il n'en retienne tousjours davantage et n'est jamais exclus de commander" – p. 180); liv. III, cap. V (toda decisão de qualquer magistrado o príncipe "peut alterer, changer et revoguer a son plaisir" – p. 120). Também Sousa e Sampaio, num livro contemporâneo das Institutionum de Mello Freire, enfatizava que "Relações e Tribunais não têm alguma Jurisdição própria, mas toda he do Summo Imperante, e em consequência sujeito à Suprema Jurisdição do mesmo Imperante" e que, "a pezar das alçadas dos Magistrados, sempre fica salvo o recurso ao Principe" (Preleções de Direito Pátrio, Público e Particular ..., tit. 6º, cap. V, § CLXXXII, nota y – *apud* Hespanha, 1984, p. 439).*

Referências

AZEVEDO, Pedro de. *O Processo dos Távoras*. Lisboa, Tip. da Biblioteca Nacional, 1921.

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*. Ed. fac-similar, organizada por Julio Armaza Galdos. Arequipa: Pangea, 2016.

BODIN, Jean. *Les six livres de la République*. Lyon, G. Chartier, 1593. 6 v.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26*, rel. Min. Celso de Mello, julgada: 13 jun. 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. Acesso em: 6 out. 2025.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. *Poesia e Prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1992.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução: Eugenio R. Zaffaroni e I. Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRAGOSO, Christiano. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GRÓCIO, Hugo. *O Direito da guerra e da paz*. Tradução: Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2004.

HESAPANHA, Antonio Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Lisboa: Fundação C. Gulbenkian, 1984.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução: Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

LOURENÇO, Maria Paula Marçal. Estado e poderes. In: SERRÃO, Joel; MARQUES, A. H. de Oliveira (org.). *Nova História de Portugal: da paz da Restauração ao ouro do Brasil*. v. II. Lisboa: Estampa, 2001. p. 17-89.

MELLO FREIRE, Paschoal José de. *Institutionum Juris Criminalis Lusitani*. Coimbra: Typ. Academico-Regia, 1829.

MENDES DE ALMEIDA, Candido (org.). *Auxiliar jurídico: servindo de appendice a decima quarta edição do Código Philippino, ou, Ordenações do Reino de Portugal recopiladas por mandado de El-Rey D. Philippe I, a primeira publicada no Brazil, obra util aos que se dedicão ao estudo do direito e da jurisprudencia pátria*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1869.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

SANTOS, Guilherme G. Oliveira. *O caso dos Távoras*. Lisboa: Boa Nova, 1958.

